nicht genug empfohlen werden; und wenn man sich an diese hält und nur äußerst selten den Reinigungseid eintreten läßt, — der hier am Besten ganz zu verbannen wäre — so ist meines Erachtens Alles geschehen, was von einer weisen Gesetzgebung möglicherweise geschehen kann.

Mit Zuversicht erwartete ich in dem unter dem 2. Januar d. J. publicirten bürgerlichen Gesetzbuche für das Königreich Sachsen eine Bestätigung der neuern Richtung der Wissenschaft und Gesetzgebungen zu finden, allein ich bin gänzlich getäuscht worden, denn dasselbe enthält nichts als eine Sanction der bisherigen Praxis in Betreff des Rechts geschwächter Weibspersonen, auf Ehe oder Dotation zu klagen, und eine Bestätigung der solidarischen Haftpflicht mehrerer Constupratoren für die Alimentation des unehel. Kindes.

Vollständig begreife ich nun den Antrag der Weimarischen Landstände, denn besser ist es jedenfalls, die Paternitätsklage ganz über Bord zu werfen, als mit der — wie man sagt — in Aussicht stehenden Einführung des Königl. Sächs. Gesetzbuches in dem Großherzogthume Sachsen-Weimar-Eisenach, das alte zum Theil beseitigte Recht wieder auferstehen zu sehen.

XI.

Der Kauf auf Probe oder auf Besicht.

Eine Uebersicht

von

Herrn H. Fitting,
Professor in Halle.

Nachstehender Aufsatz, ein Referat über vier in Goldschmidt's Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht erschienene Abhandlungen war zunächst zu einem Vortrage für die hiesige juristische Gesellschaft bestimmt. Da ich mich jedoch

mehrfach überzeugt habe, daß jene Zeitschrift vielen Romanisten und wohl auch vielen praktischen Juristen nicht zu Gesichte kommt, so habe ich es für zweckmäßig gehalten, ihn durch Abdruck in diesen Blättern auch einem weiteren Kreise zugänglich zu machen. Vielleicht dürfte es selbst für solche, welche die erwähnten Abhandlungen gelesen haben, von Interesse sein, die darin enthaltenen Ergebnisse in kurzer Zusammenfassung überblicken zu können. Neues dagegen möge man nicht erwarten, denn ich habe mich durchaus auf bloses Referiren beschränkt und absichtlich jede neue Bemerkung vermieden. Nur in einem Anhange habe ich eine von mir aufgestellte Ansicht gegen einige Einwürfe Windscheid's zu vertheidigen gesucht.

Es gehört gewiß zu den wohlthätigsten Wirkungen, welche die Abfassung des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches gehabt hat, daß dadurch auf dem lange vernachlässigten Gebiete des Handelsrechts eine rege wissenschaftliche Thätigkeit hervorgerufen worden ist, als deren Früchte wir jetzt schon eine tiefere Einsicht in eine Reihe wichtiger, aber bisher nur sehr ungenügend erforschter und behandelter Lehren zu begrüßen haben. Von allen Lehren, wofür dies gilt, dürfte aber kaum irgend eine ein allgemeineres juristisches Interesse darbieten, als diejenige, die von den Neueren als Lehre vom Kauf auf Probe oder auf Besicht bezeichnet zu werden pflegt, nicht allein wegen ihrer praktischen Wichtigkeit und häufigen Anwendung, sondern auch wegen ihrer von den Meisten angenommenen theoretischen Räthselhaftigkeit und weil sie nicht blos dem Handelsrechte, sondern eben so sehr zugleich dem allgemeinen Civilrecht angehört.

Diese Lehre mußte bisher zu den allerdunkelsten und bestrittensten gerechnet werden. In der That gab es nach gemeinem Rechte im ganzen Umfang ihres Gebietes vielleicht keinen einzigen Satz, der sich als völlig und unangefochten feststehend hätte ansehen lassen. Particularrechtlich aber stand es nicht viel besser. Denn wenn auch einzelne der gemeinrechtlichen Streitfragen eine Entscheidung erhalten hatten, so fanden sich doch die meisten auch in den Particularrechten wieder, und

nicht selten waren sogar neue Streitfragen und Schwierigkeiten hinzugekommen.

Zwar hat es an einzelnen tüchtigen Arbeiten auf dem Gebiete unseres Institutes nicht gefehlt, von denen hier nur eine treffliche Abhandlung Cropp's (in seinen juristischen Abhandlungen Bd. I. Nr. 12) und die scharfsinnige Darstellung Thöl's (Handelsrecht I. §. 71) hervorgehoben werden soll; allein sie haben die Lehre doch nicht so weit zu fördern vermocht, daß nicht immer noch genug des Zweifels übrig und eine Revision fortwährend ein dringendes Bedürfniß geblieben wäre.

Erst dem Aufschwunge, den die Wissenschaft des Handelsrechtes im Zusammenhange mit der Abfassung des deutschen Handelsgesetzbuches genommen hat, war es vorbehalten, die Lehre in ein günstigeres Stadium hinüberzuführen. Der verdienstvolle Herausgeber der Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht hat nämlich in deren erstem Bande (Seite 66 ff., 262 ff., 386 ff.) dem Kauf auf Probe eine sehr gründliche und eingehende Monographie gewidmet, wodurch zum ersten Male über dieses Institut im ganzen, wie in allen seinen Theilen ein helles Licht verbreitet worden ist. An diese Arbeit Goldschmidt's schließt sich im zweiten Bande (S. 203 ff.) eine Abhandlung von mir, welche sich zur Aufgabe stellt, die von Goldschmidt gewonnenen Ergebnisse einer Prüfung zu unterziehen. Dadurch ist aber wieder ein Aufsatz von Unger im dritten Bande der Zeitschrift (S. 386 ff.) hervorgerufen worden, der namentlich in zwei Punkten die von mir entwickelten Ansichten zu widerlegen sucht, — worauf meinerseits im fünften Bande (S. 79 ff.) eine Entgegnung erschienen ist, bestimmt, die angefochtenen Ansichten zu vertheidigen und besser zu begründen. Wenn ich nun endlich noch eine Abhandlung von Brackenhöft in der Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß. Neue Folge. Bd. XVII., S. 305 ff. erwähne, so sieht man leicht, daß der Kauf auf Probe in unsern Tagen nicht mehr über Vernachlässigung zu klagen, vielmehr im Gegentheil eine sehr reiche Literatur erhalten hat.

Ich will versuchen, den Stand der Lehre, wie er sich zufolge dieser verschiedenen Arbeiten gestaltet hat, in Kürze und

in möglichst übersichtlicher Weise anzugeben. Doch werde ich dabei nur auf die vier in Goldschmidt's Zeitschrift erschienenen Abhandlungen Rücksicht nehmen, da die höchst eigenthümlichen Ansichten Brackenhöft's von vornherein wenig Ansprechendes haben, überdies mit den klarsten Aussprüchen der Quellen in offenem Widerspruche stehen dürften. Es sollen aber jene Abhandlungen immer durch den Anfangsbuchstaben des Namens ihrer Verfasser und durch Angabe des Bandes der Zeitschrift, sowie der Seitenzahl citirt werden. Hinsichtlich der Anordnung werde ich möglichst dem Gange der Goldschmidt'schen Darstellung folgen, weil diese nicht nur die weitaus wichtigste und umfassendste ist, sondern auch für die spätern Aufsätze von Unger und mir die Grundlage gebildet hat.

Goldschmidt zerlegt nun seine Arbeit in drei Abschnitte, wovon der erste das römische Recht, der zweite die heutige Gestalt des Rechtsinstitutes, der dritte endlich die Resultate für die legislative Gestaltung zum Gegenstande hat. Demgemäß soll auch hier von derselben Gliederung ausgegangen werden.

I. Das römische Recht.

Das hauptsächlichste Hinderniß einer klaren Erkenntniß in unserer Lehre bestand darin, daß man bisher ganz allgemein und ausnahmslos den in den Quellen mehrfach erwähnten Weinhandel mit Vorbehalt der degustatio mit dem eigentlichen Kauf auf Probe, d. h. derjenigen Art des Kaufvertrages zusammenwarf, wobei das Zustandekommen oder aber die Wiederauflösung des Geschäftes lediglich von der Billigung bez. Mißbilligung der Waare Seitens des Käufers abhängig gemacht ist, und wofür bei den Römern die Formeln: Si res placuerit emta sit, — si res displicuerit, inemta sit u. dergl. üblich waren. Der Weinhandel mit Degustationsclausel wurde nur als eine besonders ausgebildete Unterart des Kaufes auf Probe angesehen, womit es zusammenhängt, daß man letztern sehr gewöhnlich mit dem Namen „emtio ad gustum“ zu bezeichnen pflegte. Es ist das wichtige Verdienst Goldschmidt's, die völlige Verschiedenheit beider Institute erkannt und m. E.

über allen Zweifel gestellt, dadurch aber zuerst die Möglichkeit eines richtigen Verständnisses unserer Lehre eröffnet zu haben.

Goldschmidt gibt zunächst (I. S. 73—110) eine sorgfältige Erörterung des Weinkaufes mit degustatio — von ihm Weinprobe genannt. Beim Verkaufe von Faßwein, und zwar eines oder mehrerer bestimmter Fässer (nur dies scheint das Gebiet dieses eigenthümlichen Institutes zu sein — G. I. S. 108) kam sehr gewöhnlich die Clausel vor, daß der Käufer das Recht haben sollte, den gekauften Wein nachträglich zu proben (degustare), und wenn er sich bei dieser Probe als verdorben (sauer oder kahnig) erweise, vom Handel zurückzutreten. Dieser Vorbehalt war so sehr üblich, daß Ulpian in L. 4 §. 1 de peric. et comm. 18, 6 ausdrücklich sagt, er werde nicht leicht bei einem Weinhandel fehlen. Wenn aber Goldschmidt (I. S. 98 ff.) noch weiter geht und denselben schon ohne besondere Verabredung für selbstverständlich hält, so kann man dieser Ansicht doch wohl nicht beitreten (F. II. S. 205 ff.)

Die Theorie dieses Institutes ist nun nach Goldschmidt's Ausführungen wesentlich folgende:

1) Ein Weinhandel mit der Degustationsclausel ist im Zweifel als resolutiv bedingter Kauf zu betrachten, so daß die Gefahr des Unterganges stets den Käufer trifft. (G. I. S. 76 ff.).

2) Der Käufer darf jedoch den Handel nicht willkürlich auflösen, wie man bisher sehr allgemein angenommen hat, sondern nur wenn sich der Wein bei der Probe als verdorben (sauer oder kahnig) erweist. (G. I. S. 85 ff.) Darin liegt nun der wesentliche und sofort in die Augen springende Unterschied dieses Institutes vom Kauf auf Probe.

3) Ist, was die Regel bildete, für die degustatio eine bestimmte Frist gesetzt, so ist die Bedingung der Auflösung ausgefallen, der Handel also vollkommen unwiderruflich, sobald der Käufer die Frist ohne Vornahme der Probe hat verstreichen lassen. Gleiches gilt, wenn der Käufer zwar rechtzeitig geprüft, aber den Wein bei der Probe nicht ausdrücklich als verdorben mißbilligt hat. (G. I. S. 81 ff., 92 ff.)

4) Ist keine bestimmte Probefrist verabredet, so muß der Käufer die Probe vornehmen, sobald es nach den Umständen thunlich ist, wenn nicht Deficienz der Bedingung und folglich Verlust seines Rücktrittrechtes eintreten soll. Auch ist zur Erzielung dieses Resultates eine gerichtliche oder außergerichtliche Aufforderung zur Vornahme der Probe von Seite des Verkäufers durchaus nicht nothwendig, wiewohl sie für diesen vortheilhaft sein kann. (G. I. S. 93 ff.)

Dies die Grundzüge des interessanten Institutes, das übrigens in seiner eigenthümlich römischen Gestalt dem heutigen Rechte nicht mehr angehört (G. I. S. 400).

Die weiteren Untersuchungen Goldschmidt's (I. S. 110 ff.) sind nun dem Kauf auf Probe gewidmet, für welchen Goldschmidt die Bezeichnung „Handel nach Belieben" in Vorschlag und Anwendung bringt, während von mir (II. S. 239 Anm. 42) im engern Anschluß an die bei den Römern gebräuchlichen Formeln die Benennung „Handel nach Gefallen", von Unger endlich (III. S. 414) der m. E. zutreffendste Name „Handel auf Gefallen" vorgeschlagen worden ist. Nachdem jedoch seither das deutsche Handelsgesetzbuch den Namen „Kauf auf Besicht" oder „auf Probe" adoptirt hat, so scheint es rathsam, diese Benennung, obwohl sie nicht ganz passend ist, nicht weiter anzufechten, sondern nunmehr endgültig als technische Bezeichnung des Geschäftes anzuerkennen und festzuhalten.

Die Eigenthümlichkeit dieses Geschäftes besteht darin, daß dabei der Kauf, sei es in seinem Zustandekommen, sei es in seinem Bestande, von der Billigung der Waare durch den Käufer oder — um dem Wortlaute der quellenmäßigen Formeln noch näher zu kommen — von dem Umstande abhängig gemacht wird, daß die Waare beim Besicht oder sonstiger Prüfung dem Käufer gefalle. Die Billigung oder Mißbilligung der Waare steht aber nach der ganz allgemeinen und auch von Goldschmidt (I. S. 117 ff.) angenommenen Meinung völlig im Belieben, in der Willkür des Käufers, so zwar, daß dieser nicht einmal die vorbehaltene Besichtigung oder Prüfung vorzunehmen braucht. Von Goldschmidt und auch von mir in meinem ersten Aufsatze

(II. S. 275) wird daher der Kauf auf Probe unmittelbar mit dem Reukaufe zusammengestellt, einem Institute, welches sich allerdings seiner praktischen Bedeutung nach von dem resolutiv bedingten Kauf auf Probe nicht wesentlich unterscheidet (F. V. S. 113), obwohl es theoretisch doch richtiger ist, beide Institute scharf auseinanderzuhalten, (U. III. S. 412 ff. F., V. S. 87 Anm. 16, S. 113). So erklärt sich denn auch die von Goldschmidt gewählte Benennung „Handel nach Belieben" (G. I. S. 118).

Indessen findet sich doch schon bei Azo und in der Glosse eine Meinung erwähnt, wonach es bei unserem Institute nicht auf die reine Willkür des Käufers, sondern auf ein arbitrium boni viri ankommen würde, und diese Meinung, obwohl sie nur wenige, ganz vereinzelte Anhänger gefunden hat, ist neuerdings wieder von Unger (III. S. 407 ff.) in Schutz genommen worden. Aber freilich wird ihr von Unger eine ganz eigenthümliche Wendung gegeben. Er meint nicht, daß bei einer vom Verkäufer für ungerechtfertigt erachteten Mißbilligung der Waare durch den Käufer nunmehr sachverständiges oder richterliches Ermessen über die Frage entscheiden solle, ob die Waare preiswürdig und billigungswerth sei; sondern er versteht das arbitrium boni viri dahin, daß der Käufer seinen wahren Geschmack nicht verleugnen dürfe und daher die Waare, wenn sie ihm gefalle, auch billigen müsse. Wenn auch der Eindruck, den die Waare auf den Käufer mache, etwas ganz Subjectives sei und sich deswegen nicht nach objectiven Gründen beurtheilen lasse, so sei er doch keineswegs eine Sache der Willkür, sondern der Käufer empfange ihn von der Sache, er nehme ihn auf. Diesen von der Sache erhaltenen Eindruck müsse er aber der Wahrheit gemäß durch seine Erklärung constatiren. Mißbillige er die Waare, obwohl sie ihm in der That gefalle, und lasse sich dieser Widerspruch zwischen Eindruck und Erklärung etwa durch Zuschiebung des (irreferibeln) Haupteides nachweisen, so müsse die Waare nichtsdestoweniger für gebilligt gelten und sich danach die weiteren Folgen bestimmen.

Diese Ansicht Unger's, so scharfsinnig sie begründet ist, dürfte jedoch weder mit dem Wesen des arbitrium boni viri,

noch mit der Intention der Parteien, die einen Kauf auf Probe abschließen, noch endlich mit dem Inhalte der Quellen im Einklange stehen. Ich habe dies im fünften Bande der Zeitschrift (S. 90—115) in ausführlicher Erörterung zu zeigen und nachzuweisen gesucht, daß, der gemeinen Meinung entsprechend, die Billigung oder Mißbilligung der Waare in der That ganz und allein vom Belieben des Käufers abhängt.

Abgesehen von der geschilderten, allen Fällen des Kaufes auf Probe gemeinsamen Eigenthümlichkeit kann dieser Kauf aber eine sehr verschiedene juristische Natur und Gestalt annehmen. Goldschmidt (I. S. 111 ff.) findet in den Quellen drei Hauptformen, welche meist schon äußerlich durch die Verschiedenheit der gebrauchten Formeln kenntlich seien, und die von Goldschmidt (I. S. 111 ff., 119 ff.) in folgender Weise charakterisirt werden:

1) suspensiv bedingter Kauf mit der Formel si res placuerit, emta sit.

2) resolutiv bedingter Kauf mit der Formel: si res displicuerit, inemta sit.

3) völlig unbedingter Kauf mit einem Nebenvertrag auf Rückgabe für den Fall der Displicenz (pactum displicentiae), angedeutet durch die Formel: si res displicuerit, reddatur oder redhibeatur.

Je nachdem wir es nun mit dem einen oder andern dieser Fälle zu thun hätten, seien auch die Folgen sehr verschieden:

Der Kauf auf Probe als suspensiv bedingtes Geschäft werde erst perfect durch rechtzeitig erklärte Billigung der Waare. Bis dahin trage der Verkäufer schon nach allgemeinen Grundsätzen die Gefahr des Unterganges, hier aber zufolge des besondern Inhaltes der Bedingung selbst die Gefahr der Verschlechterung, da der Käufer auch die verschlechterte Waare beliebig ablehnen dürfe.

Gerade umgekehrt beim resolutiv bedingten Kauf auf Probe. Bei diesem sei durchaus die Theorie der Resolutivbedingung maßgebend, der Kauf werde also sofort perfect und könne nur durch rechtzeitig erklärte Mißbilligung der Waare wieder rückgängig werden. Ganz nach allgemeinen Grundsätzen

treffe hier die Gefahr des Unterganges den Käufer, die der Verschlechterung den Verkäufer. Ferner falle durch rechtzeitige Mißbilligung das Eigenthum der Waare von selbst wieder an den Verkäufer zurück, — kurz es träten ganz gleiche Folgen ein, wie bei der **lex commissoria** oder der **in diem addictio** mit der einzigen Ausnahme, daß trotz der Auflösung des Vertrages die von dem Käufer inzwischen bestellten dinglichen Rechte nach L. 3 qu. mod. pign. 20, 6 nicht zusammenfielen, was übrigens in der nicht rückwirkenden Kraft der Potestativbedingung seine Erklärung finde.

Endlich im dritten Fall, dem des **unbedingten Kaufes mit pactum displicentiae** entstehe aus dem Nebenvertrage nur ein obligatorischer Anspruch auf Rückgabe für den Fall der Displicenz. Dabei trete aber nach deutlichem Ausspruch Ulpian's in L. 31 §. 22—24 de aedil. edicto 21, 1 noch die Eigenthümlichkeit ein, daß die Principien über die Redhibition fehlerhafter Sachen angewendet werden müßten, woraus denn namentlich folge, daß die Redhibition selbst noch nach dem Untergange der Sache statthaft sei.

Was nun den suspensiv bedingten Kauf auf Probe anbelangt, so ist gegen Goldschmidt's Darstellung nichts zu erinnern. Anders verhält es sich mit den beiden übrigen von Goldschmidt angenommenen Gestaltungen des Geschäftes. Vor allem ist es wohl nicht zu billigen, wenn Goldschmidt nur im zweiten der von ihm angenommenen Fälle ein resolutiv bedingtes Geschäft anerkennen, dem dritten aber, weil hier das Eigenthum der Waare nicht unmittelbar zurückfalle, sondern blos ein obligatorischer Anspruch auf Rückgabe stattfinde, die Bezeichnung eines resolutiv bedingten Kaufes versagen will. Denn, wie ich nachzuweisen gesucht habe (II. S. 242 ff.), so hat der Ausdruck: **negotium, quod sub conditione resolvitur** bei den Römern eine sehr allgemeine Bedeutung und wird nicht blos da gebraucht, wo sich beim Eintritt einer Bedingung das aus dem Geschäft entsprungene Rechtsverhältniß selbst mit allen seinen Folgen ohne weiteres und **ipso iure** wieder auflöst, sondern auch da, wo durch Erfüllung der Bedingung nur ein obligatorischer Anspruch auf vollständige Wiederaufhebung jener

Folgen begründet wird. Zudem läßt sich bei genauerer Betrachtung der Quellen wahrnehmen, daß ursprünglich und noch zur Zeit des Sabinus die ganze Wirkung der Resolutivbedingung überhaupt nur in Erzeugung eines obligatorischen Anspruches auf Rückgabe bestand, und daß man eine unmittelbare dingliche Wirkung erst ganz allmählich und zunächst blos bei einzelnen Geschäften anerkannte, bei denen das praktische Bedürfniß besonders dringend darauf hinwies. Erst zur Zeit der späteren classischen Juristen, wahrscheinlich durch Ulpian's Einfluß wurde diese Behandlung in etwas weiterem Umfange angewendet, und erhielt dann in der spätern Kaiserzeit, besonders von Justinian eine immer größere Ausdehnung, ohne daß sie aber doch jemals auf alle resolutiv bedingten Geschäfte erstreckt worden wäre. Als schließliches Ergebniß der Entwickelung stellt sich nämlich im Justinianischen Rechte die Sache so: Ueberall da, wo es sich für denjenigen, zu dessen Gunsten die Resolutivbedingung gesetzt ist, um Rückerwerb einer individuell bestimmten Sache handelt, tritt immer eine unmittelbare dingliche Wirkung, ein ohne weiteres und ipso iure erfolgender Rückfall des Eigenthums ein. Handelt es sich aber nicht um Rückerwerb einer individuell bestimmten Sache, so finden auch nach Justinianischem Rechte nur persönliche Klagen auf Rückgabe statt. Da in derlei Fällen für eine dingliche Wirkung in der That kein denkbares Bedürfniß vorhanden ist, so begreift es sich leicht, daß man es für sie bei dem früheren Rechte und der blos obligatorischen Wirkung bewenden ließ. (F. II. S. 261 ff.)

Damit hängt nun noch ein anderer Einwand gegen die Goldschmidt'sche Darstellung zusammen, der über das blos sprachliche Interesse hinausgeht. Der resolutiv bedingte Kauf auf Probe gehört nämlich ebenfalls und zwar vor allen zu den Geschäften, bei denen auch noch im Justinianischen Rechte immer nur eine obligatorische Wirkung stattfindet. Das Eigenthum der Waare fällt also bei rechtzeitiger Mißbilligung Seitens des Käufers nicht, wie Goldschmidt annimmt, ohne weiteres an den Verkäufer zurück, sondern es muß an diesen erst wieder besonders übertragen werden. Dies ist auch das klare Resultat

jeder unbefangenen Betrachtung der vielbesprochenen L. 3 quib. mod. pig. 20, 6[1]); denn wenn uns hier Ulpian berichtet, Marcellus sei der Meinung, wenn bei der in diem addictio der Käufer die Sache verpfändet habe, so erlösche das Pfandrecht beim Eintritte der Bedingung, während er bei einem Verkaufe: nisi res emtori displicuisset kein Erlöschen des Pfandrechtes annehme: so läßt dies in der That gar keine andere Deutung zu, als daß zwar dort, aber nicht hier mit Erfüllung der Bedingung eine unmittelbare dingliche Wirkung verknüpft sei, zumal die gewöhnliche, auf die angebliche Nichtrückbeziehung von Potestativbedingungen gestützte Auslegung in keiner Weise als stichhaltig angesehen werden kann. (F. II. S. 251 ff.) Die Interessen des Verkäufers werden aber durch diese Ansicht nicht etwa gefährdet, denn es versteht sich von selbst, ist überdies für den durchaus verwandten Fall der redhibitio mit Bestimmtheit ausgesprochen, daß der Käufer nur dann das Kaufgeld zurückfordern kann, wenn er dem Verkäufer die Sache gehörig und namentlich frei von den inzwischen darauf gelegten dinglichen Lasten zurückgibt, oder deßhalb wenigstens genügende Caution leistet. (F. II. S. 260, 268). Der Verkäufer ist also jedenfalls vollkommen gesichert, und ein unmittelbarer Rückfall des Eigenthums an ihn ist völlig überflüssig; ein solcher würde in der That nur die Nachtheile haben, welche namentlich für Dritte mit der unmittelbaren dinglichen Wirkung erfüllter Resolutivbedingungen unleugbar verbunden sind, ohne den Parteien irgend welchen praktischen Nutzen zu bringen.

Der wichtigste Unterschied, den Goldschmidt zwischen der zweiten und dritten Form des Kaufes auf Probe annimmt, ist also in der That aus den Quellen nicht erfindlich, vielmehr kommt dem resolutiv bedingten Kauf auf Probe stets nur eine obligatorische Wirkung zu. Dennoch muß man immerhin, und insofern hat Goldschmidt ganz Recht, nach Lage der

---

1) Zu demselben Resultate gelangt auf anderem Wege Dernburg Pfandrecht Bd. I. S. 215 f., obwohl er von einer etwas abweichenden Auffassung der Stelle ausgeht.

Quellen neben der suspensiv bedingten noch zwei weitere Formen des Kaufes auf Probe, oder vielmehr genauer gesprochen zwei Unterarten der resolutiv bedingten Gestaltung dieses Geschäftes anerkennen.

Manchmal werden nämlich, wie aus L. 31 §. 22—24 de aedil. ed. 21, 1 unzweideutig hervorgeht, die Grundsätze über Redhibition fehlerhafter Sachen angewendet. Der Käufer hat dann im Fall rechtzeitiger Mißbilligung eine der redhibitoria ganz analoge in factum actio Behufs Redhibition, die auch wohl geradezu redhibitoria genannt wird; auch kann diese Klage, gleich der redhibitoria, noch nach dem Untergange der Sache gebraucht werden, so daß hier, wie bei dem suspensiv bedingten Kauf auf Probe, der Verkäufer sowohl die Gefahr des Unterganges als der Verschlechterung trägt. Diese Behandlung tritt jedoch nur dann ein, wenn die Parteien durch die von ihnen gebrauchten Formeln ausdrücklich darauf hinweisen, was bei Gebrauch des Ausdruckes: redhibeatur und nach meiner Ansicht auch inemtus sit angenommen wird. Der praktische Zweck solcher Geschäfte lag wohl darin, dem unter Umständen sehr schwierigen Beweise zu entgehen, welcher dem Käufer bei der eigentlichen redhibitoria obliegt, daß an der gekauften Sache sich zeigende Mängel schon zur Zeit des Kaufes vorhanden gewesen. Zu dem Ende behielt sich der Käufer das Recht vor, binnen bestimmter Frist die Waare ohne weiteren Beweis, blos auf den Grund, daß sie ihm nicht zusage, gegen Erstattung des Kaufpreises zurückzugeben, während in allem Uebrigen die Theorie der redhibitoria maßgebend bleiben sollte.

Wo dagegen die Fassung der Clausel keine solche ausdrückliche Hindeutung auf die Grundsätze des ädilitischen Edictes enthielt, wie dies namentlich bei der Formel: reddatur der Fall, da kamen lediglich die allgemeinen Grundsätze über resolutiv bedingte Käufe (nur mit Ausschluß jeder dinglichen Wirkung) zur Anwendung. Der Käufer konnte also nach zufälligem Untergange der Waare nicht mehr mit Wirksamkeit mißbilligen, und auf Rückerstattung des Kaufpreises hatte er nur eine actio emti oder in factum proxima emti.

Dies ist nun die Gestalt, welche die Lehre nach meinen

Erörterungen im zweiten Bande der Zeitschrift (S. 268 ff.) anzunehmen scheint. Im übrigen bleibt jetzt noch eine Reihe einzelner besonderer Punkte zu berühren.

1) Beim resolutiv bedingten Kauf auf Probe ist es die Regel, daß die Waare in den Besitz des Käufers kommt. Aber auch bei der suspensiv bedingten Form des Geschäftes kann die Waare dem Käufer zur Probe übergeben werden, und darin liegt dann zugleich für den Fall der Mißbilligung ein Innominatcontract auf Rückgabe, weshalb in diesem Fall die actio praescriptis verbis auf Rückgabe, bez. Schadensersatz oder sonstige schuldige Prästationen gebraucht werden kann. (G. I. S. 120, 262 ff., F. II. S. 275).

2) Gewöhnlich wird für die Erklärung des Käufers vertragsmäßig eine Frist gesetzt. Ist dies nicht geschehen, so hat sich der Käufer zu erklären, sobald es nach den Umständen thunlich ist, was mit Rücksicht auf jeden einzelnen Fall nach billigem Ermessen beurtheilt werden muß. Nur bei derjenigen Unterart des resolutiv bedingten Kaufes auf Probe, welche nach den Grundsätzen der redhibitoria behandelt wird, hat der Käufer in Ermangelung vertragsmäßiger Fristbestimmung nach L. 31 §. 22 de aedil. ed. 21, 1 eine gesetzliche Erklärungs- und Redhibitionsfrist von 60 dies utiles. (G. I. S. 123 ff., vergl. F. V. S. 115 Anm. 41).

3) Unterläßt der Käufer die rechtzeitige Erklärung, so bewirkt dies immer ein Ausbleiben der Bedingung, ohne daß erst — und zwar selbst da, wo keine Erklärungsfrist vertragsmäßig festgesetzt ist — eine gerichtliche oder außergerichtliche Aufforderung Seitens des Verkäufers erfordert würde. Beim resolutiv bedingten Kauf auf Probe gilt sonach die Unterlassung rechtzeitiger Erklärung praktisch als Billigung, beim suspensiv bedingten umgekehrt als Mißbilligung; dort hat sie zur Folge, daß nunmehr der Handel unwiderruflich wird, hier, daß er gar nicht zu Stande kommt. (G. I. S. 123 ff.)

Für den resolutiv bedingten Handel wird dieses denn auch ganz allgemein anerkannt, dagegen sind bei dem suspensiv bedingten Kauf auf Probe auffallenderweise die Meisten anderer Meinung, indem sie entweder das Schweigen des Käufers als

Verzichtleistung auf die Bedingung und Billigung deuten, oder wenigstens den Uebergang der Gefahr an dasselbe knüpfen wollen. Diese Ansicht wird aber damit begründet, daß in der Unterlassung rechtzeitiger Erklärung eine mora des Käufers liege, als deren Folge er nun die Gefahr des Unterganges wie der Verschlechterung der Waare tragen müsse.

Die völlige Unhaltbarkeit dieser Argumentation ist von Goldschmidt (I. S. 128 ff.) überzeugend nachgewiesen worden. Er hat gezeigt, daß von einer mora des Käufers in Betreff seiner Erklärung niemals die Rede sein kann. Eine mora ist vielmehr höchstens bezüglich der Rückgabe der Waare denkbar, und zwar ist sie dann vorhanden, wenn die Waare dem Käufer zum Behufe der Probe übergeben war, dieser seine Mißbilligung erklärt hat, aber trotzdem die Waare auf die Aufforderung des Verkäufers nicht sofort zurückstellt.

Uebrigens ist hier doch ein Umstand zu beachten, der hauptsächlich die erwähnte herrschende Meinung veranlaßt haben dürfte. Die Billigung der Waare Seitens des Käufers braucht nämlich nicht gerade ausdrücklich zu geschehen, sondern sie kann auch stillschweigend erfolgen. Eine stillschweigende Billigung muß man aber namentlich dann annehmen, wenn dem Käufer die Waare bereits übergeben ist und er nun die gesetzte Erklärungsfrist ohne Erklärung noch Rückgabe der Sache verstreichen läßt; denn dies wird unter gewöhnlichen Umständen in der That keine andere Auslegung zulassen, als daß der Käufer die Waare billigt. Daß auch die Römer die Sache nicht anders angesehen haben, dürfte deutlich genug aus L. 20 pr. de praescr. verb. 19, 5 zu schließen sein (F. V. S. 113 Anm. 38). Daß nun in solchem Fall der Handel perfect und das Schweigen des Käufers als Billigung betrachtet werden müsse, drängte sich dem juristischen Gefühl unabweisbar auf und dafür haben sich deßhalb von jeher die meisten Schriftsteller, zahlreiche Entscheidungen der Gerichtshöfe und neuere Gesetzbücher erklärt. (G. I. S. 454 Anm. 10.) Auch das deutsche Handelsgesetzbuch hat die gleiche Entscheidung aufgenommen. Nur über die theoretische Begründung war man zweifelhaft, und zu diesem Ende hauptsächlich ist die Lehre von der vermeintlichen mora des Käufers aufgestellt worden.

Damit sind nun die wichtigsten praktischen Fragen, welche das Institut nach römischem Rechte darbietet, erschöpft. Es bleibt aber noch die interessante theoretische Frage, wie die Geltung des Kaufes auf Probe mit den allgemeinen Grundsätzen des römischen Rechtes zu vereinigen sei. Es ist ein sehr bekannter Satz, daß das Dasein einer Verpflichtung nicht von der Willkür des zu Verpflichtenden abhängig gemacht werden könne, ohne Nichtigkeit des ganzen Geschäftes herbeizuführen. Auf der andern Seite hängt aber bei dem Kauf auf Probe, wie wir gesehen haben, das Zustandekommen oder die Wiederauflösung des Handels in der That völlig vom Belieben des Käufers ab. Wie kommt es also, daß dennoch der Kauf auf Probe vom römischen Recht als gültiges Geschäft betrachtet werden kann?

Diese Frage ist nicht erst unter den neueren Juristen, sondern schon seit der Glossatorenzeit lebhaft verhandelt worden. Bezüglich des resolutiv bedingten Kaufes auf Probe ist freilich ihre Beantwortung nicht schwer, da sich dessen Geltung sehr einfach durch die Grundsätze über pacta adiecta erklärt. Das einseitige Rücktrittsrecht des Käufers wird hier stets gedeckt durch den Rechtsbestand des perfecten Kaufes, mit dem es in Verbindung steht. (S. I. S. 273 ff.) Um so größer ist die Schwierigkeit bei der suspensiv bedingten Form des Handels, und schon die Glossatoren betrachteten sie als so groß, daß Joannes Bassianus geradezu annahm, in den Quellen komme überhaupt gar kein suspensiv bedingter Kauf auf Probe vor und selbst in §. 4 I. de emt. 3, 23 sei — trotz des klaren Wortlautes dieser Stelle — auch nur an einen resolutiv bedingten Kauf zu denken, — ein reiner Ausweg der Verzweiflung, der aber dennoch später an Cinus einen Nachfolger gefunden hat.[2]) Eine andere Ansicht suchte sich dadurch zu helfen, daß sie beim Kauf auf Probe das reine Belieben des Käufers leugnete und nur ein boni viri arbitrium anerkennen wollte, und es ist oben gezeigt worden, daß diese Meinung bis auf die

2) Aehnlich ist der Weg, den Brackenhöft S. 345 gegenüber dem §. 4 cit. einschlägt.

neueste Zeit nicht ohne einzelne Anhänger geblieben ist. Die herrschende Ansicht ging aber freilich bereits unter den Glossatoren dahin, daß beim Kauf auf Probe lediglich das Belieben, die Willkür des Käufers entscheide, und nun war denn eben die Frage, wie die Gültigkeit der suspensiv bedingten Form dieses Geschäftes mit den allgemeinen Grundsätzen des röm. Rechtes vereinbar sei. Die Lösung wurde nicht von Allen auf gleiche Weise versucht. Die Meisten erklärten die Geltung des Geschäftes daraus, weil hier die dem Käufer verstattete Willkür nicht den Vertrag selbst oder den Kaufpreis, sondern blos die Waare und ihre Beschaffenheit betreffe. Diese Erklärung scheint dann bei den Commentatoren geradezu communis opinio gewesen zu sein und wurde auch von vielen Späteren aufgenommen. Allein schon Cujacius hat ihre Unzulänglichkeit nachgewiesen, seinerseits aber freilich eine kaum bessere Erklärung an die Stelle gesetzt, wonach der Grund der Geltung des in § 4 I. de emt. angeführten Kaufes blos in dem der Bedingung beigefügten dies certus liegen würde, indem nämlich dadurch die Willkür des Käufers in bestimmte Zeitschranken eingegrenzt werde und sonach wenigstens keine absolute Willkür mehr sei

Eine andere gleichfalls schon bei den Glossatoren vorfindliche Erklärung leitet die Gültigkeit des Kaufes daraus ab, weil hier das Zustandekommen des Geschäfts wenigstens nicht ausdrücklich von der Willkür des Käufers abhängig gemacht sei, wie es der Fall sein würde, wenn es hieße: „Vendo tibi, si volueris, hanc rem.“ Vielmehr laute ja die Bedingung wörtlich nur dahin: „wenn dem Käufer die Waare gefalle, wenn er sie billige“; daß die Erfüllung dieser Bedingung der Sache nach ganz im Belieben des Käufers stehe, schade nichts, da nur durch Verstellung auf die expressa, nicht auf die velata voluntas des Käufers ein Kaufgeschäft nichtig werde. Bei dieser Begründung, welche namentlich von Placentinus, unter den Späteren aber am bestimmtesten von Chesius (1650) gegeben wird, wird also folgende genauere Fassung der Regel, von der wir oben ausgegangen sind, vorausgesetzt:

Ein Rechtsgeschäft wird nur dann nichtig, wenn sein Zustandekommen geradezu und ausdrücklich von dem

Wollen, dem Belieben, der Willkür des zu Verpflichtenden abhängig gemacht ist. Jede andere Bedingung ist unschädlich, selbst wenn ihre Erfüllung der Sache nach ebenfalls rein von der Willkür des zu Verpflichtenden abhängen sollte.

In der That wird die Regel von den Glossatoren ganz allgemein so aufgefaßt (F. V. S. 123 Anm. 49). Bei Späteren jedoch und namentlich bei den heutigen Schriftstellern hat sie gewöhnlich die Fassung, daß ein Verpflichtungsgeschäft zwar auf eine äußere materielle Handlung, nicht aber auf die reine Willkür des zu Verpflichtenden gültig verstellt werden könne.

Nach dieser Fassung scheint nun der suspensiv bedingte Kauf auf Probe mit der Regel in offenen Widerspruch zu treten, und wirklich wird denn auch von Vielen (z. B. Savigny) seine Gültigkeit als reine Singularität angesehen. Dennoch hat es nicht an Versuchen gefehlt, seine Geltung auch mit dieser Fassung der Regel in Einklang zu bringen.[3]) Der neueste und scharfsinnigste Versuch in dieser Richtung ist von Goldschmidt (I. S. 270 ff., 275 ff.) gemacht worden, und zwar besteht der Kern seiner Ausführungen darin, daß der suspensiv bedingte Kauf auf Probe seiner juristischen Natur nach eigentlich ein pactum de vendendo sei, welches jedoch die Römer als Kauf unter einer Potestativbedingung aufgefaßt hätten, vorzüglich um ihm die sonst — als blosem pactum — mangelnde Wirksamkeit zu verschaffen. Indessen erscheint auch durch diese Erklärung die Schwierigkeit noch keineswegs beseitigt (F. II. S. 228 ff., U. III. S. 388 ff.), und es scheint überhaupt bei der gewöhnlichen Fassung der Regel in der That nichts anderes als die Annahme einer Singularität übrig zu bleiben.

Bei so bewandten Umständen lag der Zweifel sehr nahe, ob denn nicht vielleicht der Fehler auf einer ganz andern Seite zu suchen und jene gewöhnliche Fassung der Regel ungenau sei. Dies ist mir aber bei weiterer Verfolgung zu voller Gewißheit geworden, und zwar bin ich wieder zu der ältesten An-

3) Ueber frühere Versuche dieser Art s. G. I. S. 266 ff., F. V. S. 82. Bezüglich der ganzen bisherigen Darstellung vergl. F. V. S. 80 ff.

sicht der Glossatoren zurückgekehrt, wonach es nicht auf den Gegensatz von reiner Willkür und materieller Handlung, sondern blos darauf ankommt, ob ein Geschäft ausdrücklich geradezu von der Willkür des Verpflichteten abhängig gemacht wird, oder nicht. (F. II. S. 232 ff.). Von diesem Standpunkt erklärt sich aber der Kauf auf Probe ganz von selbst, denn bei diesem Handel ist ja die Bedingung keineswegs ausdrücklich darauf gerichtet, daß der Käufer den Kauf eingehen wolle, daß ihm das Geschäft, der Handel zusage, sondern sie lautet blos dahin, daß dem Käufer die Waare gefalle, daß er diese billige. Zwar steht die Billigung oder Mißbilligung der Waare völlig in seinem Belieben, und insofern hängt der Sache nach und materiell auch die Perfection des Kaufes von seinem Gutdünken ab; aber auf das materielle Verhältniß kommt eben nach dieser Fassung der Regel nichts an.

Wie sehr sich sonach diese Fassung von vornherein zu empfehlen scheint, so ist sie doch sofort von Unger (III. S. 391 ff.) lebhaft angegriffen worden. Unger vertheidigt entschieden die gewöhnliche Formulirung, und es ist ein nicht gering anzuschlagendes Verdienst seiner Abhandlung, dies in sehr eingehender und gründlicher Weise gethan und dadurch die richtige Einsicht in die Frage sehr erheblich gefördert zu haben. Die Vereinigung des suspensivbedingten Kaufes auf Probe mit der Regel findet aber Unger höchst einfach darin, daß bei diesem Geschäfte die Erfüllung der Bedingung eben nicht von dem reinen Belieben des Käufers, sondern von dessen boni viri arbitrium abhänge in der Weise, wie schon früher genauer angegeben worden ist.

So scharfsinnig Unger's Erörterungen genannt werden müssen, so habe ich mich doch ungeachtet wiederholter sorgfältiger Prüfung in keinem der beiden Punkte von deren Richtigkeit zu überzeugen vermocht. Mein Aufsatz im fünften Bande der Zeitschrift ist bestimmt, seine Ansichten in beider Hinsicht zu widerlegen, namentlich aber (S. 119 ff.) wiederholt und nunmehr ganz eingehend auszuführen, daß die gewöhnliche Fassung der Regel unhaltbar sei, und daß sich die Gültigkeit oder Nichtgültigkeit eines Geschäftes in der That nicht nach dem

materiellen Gegensatze von blosem Wollen und äußerer, materieller Handlung, sondern lediglich nach dem formellen Umstande bemesse, ob die Bedingung eines Geschäftes geradezu und ausdrücklich auf das Wollen oder Belieben des Verpflichteten laute, oder nicht. Zu diesem Ende wurde geltend gemacht und nachzuweisen gesucht:

1) daß die Unterscheidung zwischen „blosem Wollen" und „äußerer, materieller Handlung" innerlich unklar und praktisch unbrauchbar sei, weil zwischen blosem (natürlich erklärtem) Wollen und äußerer Handlung ein Gegensatz in Wirklichkeit überhaupt nicht bestehe, da jede Willenserklärung auch schon eine äußere Handlung bilde. (F. V. S. 126 ff.)

2) daß die inneren — übrigens gar sehr auseinandergehenden — Begründungen, worauf die gewöhnliche Fassung der Regel gestützt wird, bei näherer Prüfung sämmtlich nicht stichhaltig seien. (F. V. S. 131 ff.)

3) daß diese Fassung endlich mit einer Reihe von quellenmäßigen Entscheidungen in Widerspruch stehe, wozu insbesondere eben auch die Gültigkeit des Kaufes auf Probe gehört (F. V. S. 152 ff.)

Hingegen wurde anderseits zu zeigen gesucht, daß die andere Formulirung der Regel, welche alles blos von der ausdrücklichen Verstellung auf die Willkür abhängig macht, in allen diesen Beziehungen ungleich günstiger dastehe, daß sich namentlich mit ihr die Aussprüche der Quellen in der einfachsten und ungezwungensten Weise erklärten.

Der Vollständigkeit wegen wurden übrigens neben den erwähnten auch noch zwei weitere Fassungen der Regel einer Erörterung und Beleuchtung unterzogen (F. V. S. 120 f., 124 f.)

II. Das heutige Rechtsinstitut.

Von der Darstellung des reinen römischen Rechtes in unserer Lehre wendet sich Goldschmidt im zweiten Abschnitte (I. S. 386—446) zur heutigen Gestaltung des Rechtsinstitutes. Die Reichhaltigkeit dieses Abschnittes wird sich von selbst aus einer kurzen Darlegung seines Inhaltes ergeben.

In einem ersten Capitel wird das ältere deutsche Recht noch vor der Reception des römischen betrachtet und (S. 390 f.) gezeigt, daß auch diesem schon der Kauf auf Probe nicht ganz fremd war, wenngleich neben dem Grundsatze des altgermanischen Rechtes, daß der Kauf erst durch Erfüllung von einer Seite oder durch Hingabe einer arrha perfect und bindend werde, sowie bei der vielfach anerkannten Befugniß, gegen Preisgabe der arrha vom Handel wieder zurückzutreten, das praktische Bedürfniß eines solchen Institutes viel seltener fühlbar werden mußte.

Das zweite Capitel beschäftigt sich mit dem neueren Rechte. Es wird hier vor allem (S. 399 f.) nachgewiesen, wie beim Eindringen der römischen Grundsätze über die Perfection des Kaufvertrages auch die römische Lehre vom Kauf auf Probe in Deutschland recipirt wurde, nur daß zufolge der durchgängigen Vermischung dieses Institutes und des Weinhandels mit der Degustationsclausel der Inhalt der römischen Stellen von Theorie und Praxis vielfach mißverstanden worden ist. Daneben glaubt jedoch Goldschmidt auch noch einige fortwirkende Einflüsse der germanischen Rechtsgrundsätze zu entdecken und bringt damit namentlich die Geschichte der Benennung des Institutes in Verbindung, worüber (S. 401 ff.) interessante Aufschlüsse gegeben werden. Nachdem noch (S. 403 f.) ein merkwürdiger Rechtsfall aus der italienischen Praxis des 17. Jahrhunderts mitgetheilt worden ist, geht Goldschmidt (S. 404 ff.) zu einer sorgfältigen Darstellung des Inhaltes neuerer Gesetzgebungen über, und zwar betrachtet er:

1) die bayerische Gesetzgebung (S. 404 ff.),

2) das preußische Recht (S. 406 ff.),

3) das französische Recht (S. 411 ff.),

4) das badische Landrecht (S. 421 f.),

5) das österreichische Recht (S. 422 ff.),

6) das spanische, portugiesische und brasilianische Handelsgesetzbuch, das holländische bürgerliche Gesetzbuch, das englische Recht (S. 424 ff.),

7) das privatrechtliche Gesetzbuch für den Kanton Zürich (S. 426 ff).

Im dritten Capitel (S. 428 ff.) werden nun die Ergebnisse für das geltende gemeine Recht gezogen. Sie stellen sich dahin, daß die Grundsätze des römischen Rechtes über den Kauf auf Probe noch jetzt als geltendes gemeines Recht zu betrachten seien, und daß selbst von einer gewohnheitsrechtlichen Feststellung ihres Inhaltes, einer herrschenden Usualinterpretation nicht die Rede sein könne. Goldschmidt will sogar darin, daß nach der übereinstimmenden Vorschrift aller neueren Gesetzgebungen und der weitaus herrschenden Ansicht in Theorie und Praxis der Kauf auf Probe präsumtiv als ein suspensiv bedingter Vertrag zu betrachten ist, nicht den Ausdruck eines modernen Gewohnheitsrechtes erblicken, er spricht sich vielmehr ganz unbedingt dahin aus, daß in unserer Lehre gemeinrechtlich nur die richtig verstandenen Sätze des römischen Rechtes zur Anwendung gebracht werden müßten. Namentlich hält er auch noch die drei verschiedenen Formen des Kaufes auf Probe, welche er nach römischem Recht annimmt (suspensivbedingter, — resolutivbedingter Kauf, — völlig unbedingter Kauf mit pactum displicentiae) für vollkommen anwendbar. Ich habe indessen (II S. 278 f.) zu zeigen gesucht, daß doch wohl nur noch zwei Formen des Institutes im heutigen Recht als praktisch angesehen werden können. Von den beiden Unterarten der resolutivbedingten Gestalt des Geschäftes scheint mir nämlich diejenige nicht mehr praktisch, welche nach den Grundsätzen der Redhibition fehlerhafter Sachen behandelt ward. Diese eigenthümliche Behandlung hatte nach meiner Ansicht blos darin ihren Grund, weil die Parteien durch die von ihnen gebrauchten Formeln ausdrücklich darauf hingewiesen hatten. Solche Formeln haben wir aber nicht mehr, und es wird auch schwerlich jemals in anderer Weise die Anwendung der gedachten Grundsätze beliebt werden, indem (wegen des Bestehens gesetzlicher Gewährfristen) selbst ein praktisches Bedürfniß dafür kaum mehr vorhanden sein dürfte. Danach würden wir denn folgendes einfache Resultat erhalten: Es gibt im heutigen gemeinen Rechte nur noch zwei Formen des Kaufes auf Probe: eine suspensiv- und eine resolutivbedingte; die praktische Behandlung und Beurtheilung aber bestimmt sich bei beiden ganz nach allgemeinen Grundsätzen.

Mit der Besprechung des geltenden gemeinen Rechtes bringt Goldschmidt (S. 433 ff.) eine Erörterung mehrerer technischer Vertragsclauseln in Verbindung, welche sich in unserem heutigen Verkehr ausgebildet haben und vorzugsweise in Hamburg üblich sind, von wo sie auch ihren Ausgang genommen zu haben scheinen.

Die nächste Beziehung zum Kauf auf Probe hat die Clausel „auf Besicht." Ein mit dieser Clausel abgeschlossener Handel ist ganz nach den Grundsätzen des Kaufes auf Probe zu beurtheilen, namentlich darf der Käufer beliebig auch eine an sich ganz untadelhafte Waare zurückweisen. Ueber die Frage, ob ein solcher Handel als suspensiv- oder resolutiv bedingtes Geschäft aufzufassen, ist die Hamburgische Praxis noch nicht festgestellt; dagegen scheint jetzt angenommen zu sein, daß der Käufer, wenn er den Besichtigungstermin verstreichen lasse, nunmehr unbedingt an den Handel gebunden sei.

Durch die Clauseln „auf Nachstechen" oder „auf Nachziehen" behält sich der Käufer gleichfalls eine nachträgliche Prüfung der Waare vor; die Clauseln bezeichnen das Mittel der Prüfung. Das Nachstechen geschieht bei Kaffee und insbesondere bei Zucker mittels eines Bohrers; das Nachziehen kommt bei der Baumwolle vor. Was den Sinn und die juristische Bedeutung dieser Clauseln anlangt, so haben nach einer ganz feststehenden Praxis des Hamburger Handelsgerichtes Nachstechen und Nachziehen blos den Zweck, das Vorhandensein der zugesagten oder schlechthin vorauszusetzenden Sorte und Qualität festzustellen, also die Empfangbarkeit der Waare außer Zweifel zu setzen. Käufe mit solchen Clauseln gehören daher nicht dem Gebiete des Kaufes auf Probe an; sie sind eher dem römischen Weinhandel mit Degustationsvorbehalt zu vergleichen.

Nicht selten kommt die Clausel vor: „nach Probe und auf Besicht." Der Sinn ist noch nicht vollkommen festgestellt, im Zweifel aber scheint folgende Bedeutung angenommen werden zu müssen: Die Waare solle probemäßig sein; ob sie es sei, darüber habe der Käufer sich bei der demnächst vorzunehmenden Besichtigung zu erklären.

Durch die Clausel „wie zu besehen" endlich erklärt der Ver-

kauflustige bei Feilbietung der Waare, keine oder doch nicht mehr als eine gewisse Beschaffenheit derselben zusichern und für keine sichtbaren Mängel einstehen zu wollen. In der Regel geschieht hier die Besichtigung vor Abschluß des Handels, namentlich bei Auctionsverkäufen, wo die Clausel besonders häufig ist. Wird dann ein Kauf geschlossen, so sind natürlich beide Theile sogleich und unbedingt gebunden, und jeder Einwand gegen die Beschaffenheit der Waare ist ausgeschlossen.

Im vierten Capitel spricht Goldschmidt (S. 444 ff.) noch von einigen particulären Usancen, und gibt hier namentlich die interessante Notiz, daß nach den Localusancen mehrerer wichtigen Handelsplätze der Vorbehalt der Prüfung mit beliebigem Verwerfungsrechte des Käufers, also der Abschluß eines Kaufes auf Probe, bei manchen Waaren schon stillschweigend verstanden wird. So in Hamburg bei Geschäften über Stuhlrohr, ferner in Bremen bei sehr vielen Waaren, wie z. B. bei Südseethran, Reis, Kaffee, dagegen nicht bei Cigarren. In Marseille ist es sogar bei allen Waaren der Fall, sofern nicht ein Lieferungskauf vorliegt.

III. Resultate für die legislative Gestaltung.

In diesem letzten Abschnitte (S. 446 ff.) wird außer einigen andern neueren Civil- und Handelsgesetzentwürfen namentlich der Entwurf des deutschen Handelsgesetzbuches besprochen, von dem damals die zweite Lesung vorlag. Dieser Entwurf handelt von unserem Institut in Art. 316 und Art. 324 Abs. 4, welche inzwischen in das fertige Handelsgesetzbuch ganz unverändert als Art. 339 und 347 Abs. 4 aufgenommen worden sind.

Goldschmidt (S. 448 ff.) gibt zunächst auf Grund der vorhergehenden Entwürfe und der Protokolle eine genaue Geschichte dieser Artikel, erkennt deren Inhalt sachlich als ganz zweckmäßig an und schließt mit einigen Vorschlägen für die endgültige Redaction, denen ich (II S. 280 f.) noch einige weitere beigefügt habe. Namentlich hatte ich vorgeschlagen, in einem fünften Absatze des Art. 316 (339) auch den resolutivbedingten Kauf auf Probe kurz zu berühren, was in der That zur Abschneidung gar mancher Zweifel und Streitfragen, deren

Beseitigung nach dem Stande der gemeinrechtlichen Quellen sobald nicht zu erwarten steht, sehr wünschenswerth gewesen wäre. Indessen sind alle diese Vorschläge bei der dritten Lesung des Entwurfes nicht berücksichtigt worden, weil die Nürnberger Commission am 24. Oktober 1859 beschloß, diese dritte Lesung nur auf die Erinnerungen zu beschränken, welche die Regierungen zu dem Entwurfe zweiter Lesung an die Commission gelangen lassen würden. Bekanntlich wurde aber später auf Veranlassung von Preußen, Oesterreich und Bayern selbst von den Seitens der Regierungen eingelaufenen Monita eine große Anzahl ausgeschieden und bei der dritten Lesung ganz bei Seite gelassen. [4])

So sind denn, wie gesagt, die den Kauf auf Probe betreffenden Artikel des Entwurfes ganz unverändert in das Handelsgesetzbuch übergegangen, und es wird nun Aufgabe der Wissenschaft und Praxis sein, einige Ungenauigkeiten in der Fassung durch geschickte Auslegung unschädlich zu machen, manches näher zu bestimmen, endlich die Lücken der gesetzlichen Vorschriften auszufüllen. Einzelnes, was in der einen oder andern dieser Beziehungen zunächst der Bemerkung sich aufdrängt, ist von mir im fünften Bande der Zeitschrift (S. 116 ff.) hervorgehoben worden.

Anhang.

Es sei mir gestattet, den gebotenen Anlaß zu benutzen, um hier anhangsweise einige Einwendungen zu berühren, welche Windscheid in seinem Lehrbuche des Pandektenrechtes I § 93 (S. 212 ff.), — einem Buche, dem ich übrigens gerne hiebei ein herzliches Wort der Anerkennung zolle — gegen die von mir vertheidigte Ansicht erhoben hat, daß nur ausdrückliche Verstellung des Eintrittes einer Verpflichtung auf den Willen oder das Belieben des zu Verpflichtenden Nichtigkeit des Ge-

4) Vergl. Goldschmidt's Darstellung in seiner Zeitschrift V S. 218 ff.

schäftes mit sich führe. Dabei mag es aber zweckmäßig sein, von der Stellung auszugehen, die Windscheid selbst zu der Frage einnimmt.

Windscheid trägt dem Wortlaute nach die gewöhnliche Fassung der Regel vor, wonach es darauf ankäme, ob zur Bedingung eines Geschäftes das blose Wollen oder aber eine Handlung des zu Verpflichtenden gesetzt ist, und im ersten Fall das Geschäft nichtig wäre, im zweiten gültig als bedingtes Geschäft. Man könnte daher glauben, daß seine Meinung mit der herrschenden ganz übereinkomme. Allein dies wäre ein großer Irrthum. Windscheid verbindet mit jener Fassung der Regel einen ganz andern Sinn, als die herrschende Ansicht; er hat unter Benutzung derselben Form in der That eine ganz andere Regel an die Stelle gesetzt. Der Unterschied des „Wollens" und der „Handlung" ist bei ihm nicht mehr ein objectiver und absoluter, so daß manche Willensäußerungen an und für sich und ein für allemal als bloses Wollen, andere als äußere materielle Handlungen anzusehen wären, — vielmehr bemißt er den Gegensatz lediglich nach der relativen Beziehung einer Willensäußerung zu einem gewissen concreten Geschäfte. Seiner Meinung nach ist nämlich ein Geschäft nur dann nichtig, wenn als Bedingung gesetzt ist, daß derjenige, der durch das Geschäft verpflichtet werden soll, gerade den Eintritt der Verpflichtung wollen sollte. Ein solches Geschäft enthalte einen inneren Widerspruch; es wolle verpflichten und doch nicht verpflichten, und habe folglich gar keine rechtliche Bedeutung. Als „Wollen" betrachtet also Windscheid bei seiner Auffassung der Regel nur die Erklärung des Willens, daß die durch das concrete Geschäft herbeizuführende Verpflichtung eintrete, oder, was (für Geschäfte unter Lebenden wenigstens) dasselbe ist, „den schon zum Abschlusse des Geschäftes erforderlichen Verpflichtungswillen" (Vgl. meine Abhandlung in Band V der Zeitschrift S. 163, Anm. 105). Jede auf irgend ein anderes Wollen des zu Verpflichtenden, auf eine Willensäußerung in irgend einer andern Richtung gestellte Bedingung hält er für vollkommen zulässig und mit der Gültigkeit des Geschäftes verträglich, sollte auch die Vornahme oder Nichtvornahme einer solchen „Handlung" ganz im

Belieben des zu Verpflichtenden stehen. Zwar sei auch hier das Resultat, daß die durch das Geschäft zu begründende Verpflichtung nur dann eintrete, wenn jener wolle; aber immerhin sei das Eintreten dieser Wirkung nicht davon abhängig gemacht, daß er dieses Eintreten, sondern daß er etwas Anderes wollen sollte. Von einem inneren Widerspruche der Willenserklärung könne hier keine Rede sein; wer sage: „ich will, daß dieses sein solle, wenn ich wollen sollte, daß dieses sein solle", spiele mit Worten; wer sage: „ich will, daß dieses sein solle, wenn ich wollen sollte, daß jenes sein solle", sage etwas sehr Vernünftiges.

Man sieht, daß bei Windscheid die Regel durchaus nicht mehr die rein materielle Bedeutung hat, welche ihr von der herrschenden Auffassung beigelegt wird; sie hat vielmehr bei ihm schon einen wesentlich formellen Sinn, und Windscheid's Ansicht steht daher der meinigen bei weitem näher als der herrschenden. Beide Ansichten stimmen in der That in den Grundgedanken völlig überein, was sich am deutlichsten daraus zeigt, daß Windscheid die innere Begründung, wodurch ich die von mir vertheidigte Fassung der Regel zu rechtfertigen gesucht habe, fast ohne jede Veränderung adoptiren konnte. (Vgl. Zeitschr. V S. 142 f., 151 f.) Nach der einen, wie nach der andern liegt das Moment, welches die Nichtigkeit des Geschäftes bewirkt, nicht, wie die herrschende Meinung will, in der materiellen Ungebundenheit des zu Verpflichtenden, darin daß es der Sache nach noch ganz von seinem Belieben abhängt, ob die Verpflichtung ihn treffen soll, oder nicht: sondern es liegt lediglich in dem inneren Widerspruche, welcher in das Geschäft durch das formelle Element hineingebracht wird, daß derselbe Wille, dessen Dasein zum Abschlusse des Geschäftes wesentlich ist, auch wieder zur Bedingung des Geschäftes gesetzt und dadurch mittelbar als einstweilen noch nicht vorhanden erklärt wird. (Ich bleibe hier zunächst nur bei Verträgen stehen; bei Vermächtnissen, die vom Wollen des Belasteten abhängig gemacht werden, tritt ein etwas abweichender, aber ganz ähnlicher Gesichtspunkt ein, — s. Zeitschr. V S. 144 ff.) Windscheid weicht nur darin von mir ab, daß ich blos dann annehme, der

schon zum Abschlusse des Geschäftes erforderliche Verpflichtungswille sei auch wieder zur Bedingung des Geschäftes gesetzt, wenn dies ausdrücklich gesagt, wenn die Bedingung ihrem Wortlaute nach ausdrücklich und geradezu auf das Wollen, die Willkür, das Belieben des zu Verpflichtenden gestellt ist und somit auch selbst die strengste, rein grammatische Interpretation gar keine andere Auslegung zuläßt, während Windscheid einen solchen „Cultus des Wortes" verwirft und auch schon dann jenen das Geschäft vernichtenden innern Widerspruch anerkennt, wenn die (wörtlich gestellte) „Bedingung des Handelns (des Wollens eines Andern) eine blose Verkleidung des Wollens (des Wollens der rechtlichen Wirkung der Willenserklärung)" sei. Solle sich die auf ein (willkürliches) „Handeln" lautende Bedingung mit der Gültigkeit des Geschäftes vertragen, so müsse „der Urheber der Willenserklärung das zur Bedingung gestellte Handeln als ein von selbständigen Erwägungen abhängiges, nicht als einen blosen Ausdruck des Willens, daß die fragliche rechtliche Wirkung eintreten solle, angesehen haben." Dies läuft also auf die Ansicht von Regelsberger hinaus, der denn auch von Windscheid angezogen wird.

Sollte sich nun eine solche Ansicht im römischen Rechte wirklich finden, was unten noch näher geprüft werden soll, so dürfte sie vom praktischen Standpunkte gewiß nicht als eine glückliche betrachtet werden; denn woran soll man erkennen, ob die Parteien die Bedingung des Handelns im einzelnen Fall nur als Verkleidung der Bedingung des „Wollens" gemeint haben oder nicht? Die Parteien werden sich darüber kaum jemals erklären, und es dürfte leicht vorkommen, daß jede Partei darüber eine verschiedene Meinung gehabt, die eine das zur Bedingung gestellte Handeln als ein von selbständigen Erwägungen abhängiges, die andere es als einen blosen Ausdruck des Willens, daß die fragliche rechtliche Wirkung eintreten solle, angesehen hat. Wie soll man nun in solchen Fällen entscheiden? Wollte man hier einen einigermaßen sicheren Anhaltspunkt zur Abschneidung der endlosen Streitigkeiten gewinnen, die ohne Zweifel entstehen würden: so müßte man schließlich doch dahin

kommen, alle Geschäfte aufrecht zu erhalten, bei denen das zur Bedingung gestellte Handeln als ein von selbständigen Erwägungen abhängiges wenigstens gemeint sein kann, zumal das praktische Bedürfniß im Zweifel für die Aufrechthaltung solcher Geschäfte spricht. Jene Annahme ist nun aber möglich bei allen Bedingungen, die nicht ausdrücklich und dem Wortlaute nach gerade auf die Willkür oder das Belieben des zu Verpflichtenden gerichtet sind. (Zeitschr. V S. 149 ff.) Praktische Gründe werden also, wenn man einmal von dem Windscheid und mir gemeinsamen Grundgedanken ausgeht, immer wieder auf die von mir vertheidigte Fassung der Regel hinführen.

Oder sollten vielleicht gewisse einzelne ihrer Fassung nach nicht auf das „Wollen" des zu Verpflichtenden gestellte Bedingungen ein für allemal als blose Verkleidung der Bedingung des Wollens aufzufassen sein? Mit dem Sinn der Regel, wie sie Windscheid versteht, scheint dies kaum recht verträglich, aber dennoch scheint es von Windscheid angenommen zu werden. Wenigstens lehrt er in Anm. 6 bezüglich der emtio, si res placuerit, daß hier zwar die Bedingung ihrem Wortlaute nach in die Willenserklärung eben so wenig einen Widerspruch bringe, wie die Bedingung des Handelns, da sie auf etwas Anderes gehe, als auf das Wollen der durch die Willenserklärung zu begründenden rechtlichen Wirkung. Da sie jedoch nach der Meinung der Parteien als auf die, keiner weiteren Controle mehr unterliegende Erklärung des Gefallens, des Zufriedenseins gerichtet verstanden werden müsse: so sei sie dennoch in der Wirklichkeit auf das reine Belieben des zu Bindenden gestellt.

Ganz gewiß hängt nun bei einem solchen Geschäfte die Erfüllung der Bedingung und damit das volle Zustandekommen des Kaufes materiell und der Sache nach vom reinen, uncontrolirbaren Belieben des Käufers ab; aber auf dies materielle Verhältniß an und für sich allein kann doch von Windscheid's Standpunkte so wenig etwas ankommen, als von dem meinigen. Windscheid müßte vielmehr, wie mir scheint, geltend machen, daß die Billigung der Waare Seitens des Käufers von dem Willen zu kaufen niemals verschieden sei, daß

m. a. W. der Käufer, der die Waare mißbillige, dies niemals aus selbständigen Erwägungen, d. h. deßhalb thue, weil sie ihm wirklich nicht zusage, während er, wenn sie ihm gefiele, sie sehr gern gekauft hätte, — sondern immer nur deßhalb, weil er überhaupt den ganzen Handel ohne alle Rücksicht auf die Beschaffenheit der Waare nicht wolle. Nur dann, wenn man der Erklärung des Käufers und damit der Bedingung „si res placuerit" selbst ein für allemal diesen Sinn beimißt, kann man meines Bedünkens dahin kommen, daß diese Bedingung von vornherein in das Geschäft einen inneren Widerspruch bringe, indem sie den Willen zu kaufen stets als noch nicht, und zwar nicht einmal unter einer Bedingung, vorhanden darstelle. Allein, daß eine solche Annahme gegründet sein würde, müßte ich auf das entschiedenste bestreiten. Ich glaube vielmehr, und die tägliche Erfahrung dürfte es bestätigen, daß wer z. B. ein Reitpferd auf Probe kauft, immer den wirklichen Willen haben wird, das Pferd zu kaufen, sofern es ihm nur auch zusagt, d. h. sofern es gewisse seinem subjectiven Geschmack oder Bedürfniß entsprechende Qualitäten hat. Wozu hätte er denn sonst den Handel überhaupt eingegangen? Scherze und Spielereien sind doch im Verkehre nicht zu vermuthen. Billigt nun später der Käufer das Pferd nicht, so wird auch dies in den meisten Fällen nur deßhalb geschehen, weil ihm das Pferd in der That nicht zusagt und die gewünschten Qualitäten nicht besitzt, nicht weil ihn nachträglich der ganze Handel wieder gereut und er nun vielleicht beschließt, lieber gar kein Reitpferd zu kaufen. Freilich kann der Nichtbilligung auch das letzte Motiv zu Grunde liegen; nach Lage der Umstände ist dies eben nicht zu controliren, aber zu vermuthen wenigstens ist es gewiß nicht. Sollen wir nun wegen dieser blosen Möglichkeit und Denkbarkeit die Bedingung: si res placuerit ein für allemal für unzulässig und gleichbedeutend mit „si voluerit" erklären, wie Windscheid zu wollen scheint? Dann müßte aber Windscheid doch auch noch einen Schritt weiter thun und, wie Regelsberger Altersvorzug der Pfandrechte S. 53 geradezu ausspricht, auch die Bedingung: si Capitolium ascenderit ein für allemal verwerfen. Denn wer sich unter

dieser Bedingung verpflichtet, kann deren Erfüllung ebenfalls aus dem möglichen doppelten Beweggrund unterlassen, entweder weil es ihm überhaupt und abgesehen von dem Geschäfte nicht behagt, auf das Capitol zu gehen, oder aber, weil er die Verpflichtung nicht auf sich nehmen will. Ich sehe hier keinen Unterschied. Dazu kommt aber noch, daß, wie ich in der Zeitschrift V S. 172 ff. auszuführen gesucht habe, die Bedingung: si Capitolium ascenderit von den römischen Juristen immer nur dahin verstanden wird: „wenn der Betreffende bei erster Gelegenheit und zwar in der Absicht die Bedingung zu erfüllen das Capitol besteigen sollte." Ist dies richtig,[5] so kann bei dieser Bedingung gar nicht einmal von dem obigen doppelten Motiv die Rede sein, sondern wenn der unter dieser Bedingung Verpflichtete deren Erfüllung unterläßt, so geschieht es immer nur, weil er den Eintritt der Verpflichtung nicht will. Daher konnten denn auch die Römer bei der Bedingung: si Capitolium ascenderit das zur Bedingung gestellte Handeln niemals als ein von selbständigen Erwägungen abhängiges, sondern immer nur als einen blosen (mittelbaren) Ausdruck des Willens, daß die fragliche rechtliche Wirkung eintreten solle, ansehen, und es ist somit sehr begreiflich, wenn Ulpian in L. 1 pr. de legat. II (31) die Bedingungen: si Capitolium ascenderit und si voluerit materiell und dem Sinne nach vollkommen gleichstellt. Nichtsdestoweniger hält Windscheid, wie aus Anm. 5 zu schließen, die Bedingung: si Capitolium ascenderit für vollkommen zulässig. Um so mehr, sollte man denken, hätte er dies aber auch von der Bedingung: si res placuerit behaupten müssen.

Ist nun aber nach Windscheid's Ansicht die Bedingung: si res placuerit mit si voluerit gleichbedeutend und folglich unstatthaft: so wird man fragen, wie denn Windscheid die Geltung eines Kaufes unter dieser Bedingung erklärt. Bezüglich dieser Frage weist er uns in Anm. 1 darauf hin, daß wir es hier mit einem zweiseitigen, nicht mit einem einseitigen Ge-

---

5) Windscheid ist, was ich lebhaft bedauere, auf diese Ausführung nicht eingegangen.

schäfte zu thun hätten. „Der obligatorische zweiseitige Vertrag werde dadurch nicht vollständig nichtig, daß der eine der Contrahenten sich unter einer auf sein „Wollen" gestellten Bedingung verpflichtet habe. Dieser Contrahent sei zwar nicht gebunden, aber deßwegen nicht auch der Andere nicht. Denn die Obligationen, welche ein solcher Vertrag erzeuge, seien nicht in der Weise von einander abhängig, daß die eine nicht ohne die andere bestehen könnte, sondern jede von ihm erzeugte Obligation bestehe getrennt von der andern, nur gehe jede nicht einfach auf Leistung, sondern auf Leistung gegen Gegenleistung." Ich will hier nicht auf die theoretische Grundlage eingehen, worauf sich dieses Räsonnement bewegt, sondern ich will nur bemerken, daß damit Windscheid nothwendig auch zur Gültigkeit einer venditio si voluero gelangen, und daß ferner auch der Verkauf eines Sclaven unter der Bedingung, „si rationes domini computasset (mero) arbitrio" als gültig erscheinen müßte, während doch nach L. 7. pr. de contr. emt. 18, 1 nichts gewisser ist, als daß beiderlei Geschäfte nichtig sind. Oder sollte vielleicht das einen Unterschied machen, daß bei diesen Geschäften die Bedingung auf das „Wollen" des Verkäufers, bei der emtio, si res placuerit dagegen auf das des Käufers gestellt ist? Allein ich wüßte für einen solchen Unterschied nirgends einen Grund zu entdecken; warum soll das, was für den Verkäufer recht ist, nicht auch für den Käufer billig sein, und umgekehrt? Dazu kommt, daß L. 13 C. de contr. emt. 4, 38 bei unbefangener Betrachtung in der That gar keine andere Deutung übrig läßt, als daß auch eine auf die voluntas des Käufers gestellte Bedingung das Kaufgeschäft vernichtet, wonach denn ein Kauf unter der Bedingung „si emtor voluerit" ganz eben so ungültig sein muß, wie unter der Bedingung: „si venditor voluerit".

Auf dem von Windscheid angedeuteten Wege wird es hienach wohl nicht gelingen, die Geltung der emtio, si res placuerit zu erklären. Damit ist indessen nicht gesagt, daß sich die Gültigkeit dieses Geschäftes mit der von ihm vorgetragenen Auffassung der Regel überhaupt gar nicht vereinigen ließe. Dies geht vielmehr sehr gut, wenn Windscheid nur

im Einklange mit obigen Erörterungen zugeben will, daß die Bedingung: si res placuerit weder ihrem Wortlaute, noch selbst ihrem Sinne nach einen inneren Widerspruch in die Willenserklärung bringt, indem sie auch ihrem Sinne nach auf etwas Anderes geht, als auf das Wollen der durch die Willenserklärung zu begründenden rechtlichen Wirkung. Die Erklärung: „die Waare hat die mir zusagenden und von mir gewünschten Eigenschaften", wenn sie auch völlig uncontrolirbar ist, ist denn doch etwas Anderes, als die Erklärung, kaufen zu wollen, und kann sehr gut aus völlig selbständigen Erwägungen hervorgehen, die mit dem Willen zu kaufen an und für sich gar nichts zu thun haben. Es kann ja z. B. sehr leicht vorkommen, daß ich ein gutes Reitpferd dringend nöthig habe und mich gewaltig ärgere, ein auf Probe gekauftes als unbrauchbar wieder zurückgeben zu müssen. Hier war doch gewiß der Wille zu kaufen vorhanden, falls die Waare nur irgend für mich passend sein sollte.

Wird also durch den Rechtsbestand der emtio, si res placuerit Windscheid's Auffassung der Regel noch nicht widerlegt: so erhellt doch daraus, daß man diese Regel, um dem römischen Rechte gerecht zu werden, jedenfalls in viel strengerem, formellerem Sinne zur Anwendung bringen müßte, als Windscheid will, wodurch man denn wieder sehr nahe an die von mir vertheidigte Regel herangeführt werden würde, so zwar, daß zu dieser, praktisch jedenfalls viel festeren und brauchbareren, nur noch ein ganz kleiner Schritt übrig bliebe.

Daß aber das römische Recht auch diesen Schritt noch gethan, und wirklich, wie ich behaupte, alles von der ausdrücklichen oder nicht ausdrücklichen Verstellung auf die Willkür des zu Verpflichtenden abhängig macht, dafür scheinen mir ganz entscheidend zwei Stellen zu sprechen, die sich nur mit meiner, nicht mit Windscheid's Auffassung vereinigen lassen. (Alle anderen von mir angeführten Stellen will ich der Kürze wegen hier übergehen, da sie zur Noth auch mit Windscheid's Auffassung vereinbar sind, wiewohl es doch bei L. 68 de her. inst. 28, 5 und L. 52 de condit. 35, 1 schon einige Mühe braucht, um darin eine andere, als die von mir verfochtene Regel zu finden.)

Jene Stellen sind aber L. 11 § 5 de legat. III (32) und L. 46 § 2 de V. O. 45, 1. Die erste lautet so:

Ulp. lib. II Fideicomm. — Sic fideicommissum relictum: „nisi heres meus noluerit, illi decem dari volo", quasi conditionale fideicommissum est et primam voluntatem exigit; ideoque post primam voluntatem non erit arbitrium heredis dicendi noluisse.

Die Bedingung: nisi noluerit ist doch gewiß keine Bedingung des Handelns in Windscheid's Sinn, und wenn sie auch nicht geradezu auf das „Wollen" gestellt ist, so liegt doch hier,* wenn irgendwo, mindestens eine blose Verkleidung des Wollens vor; der Urheber der Willenserklärung hat das zur Bedingung gesetzte non nolle ganz sicher nicht als ein von selbständigen Erwägungen abhängiges, sondern nur als einen blosen Ausdruck des Willens, das Fideicommiß auszuzahlen, angesehen. Es scheinen also sämmtliche Merkmale zuzutreffen, welche nach Windscheid Nichtigkeit der Verfügung mit sich führen müßten, und wenn sie nun dennoch nach L. 11 § 5 cit. gültig ist, so scheint dies mit aller Bestimmtheit auf den von mir eingenommenen streng formellen Standpunkt hinzuweisen, mit dem es in der That seine vollkommene und sehr befriedigende Erklärung erhält. (S. Zeitschr. V S. 156 ff. und S. 148.)

Windscheid gibt auf diese Fragen in Anm. 4 blos die Antwort, L. 11 § 5 cit. scheine ihm ohne Gewicht, denn wer ein ihm auferlegtes Vermächtniß nicht mehr von sich abwenden könne, wenn er es nicht sofort gethan, sei nicht ungebunden. Allein mit dieser Antwort kann man sich schwerlich zufrieden geben. Gewiß ist der unter der Bedingung: nisi noluerit mit einem Fideicommiß Belastete nicht ungebunden, sobald er einmal die erste Gelegenheit versäumt hat, ohne sein nolle zu erklären, sobald also die Bedingung erfüllt ist. Aber vorher, so lange es noch in seiner Macht steht, durch blose Erklärung des nolle das Fideicommiß von sich abzuwenden, ist er offenbar der Sache nach so wenig gebunden als der unter der Bedingung si voluerit Belastete, und auf diese Zeit, die Zeit vor Er-

füllung der Bedingung kann es doch bei der ganzen Frage allein ankommen; denn nach Erfüllung der Bedingung ist auch der unter der Bedingung: si voluerit Belastete gebunden (wenn wir einmal diese Bedingung einen Augenblick als gültig setzen wollen). Zudem scheint mir bei der Erklärung Windscheid's ein Element hereingezogen zu sein, welches zu seiner ganzen Grundanschauung nicht paßt; denn nach dieser könnte es ja nicht auf die materielle Gebundenheit oder Ungebundenheit des zu Verpflichtenden, sondern nur darauf ankommen, ob die Bedingung ihrem Sinne nach einen inneren Widerspruch in das Geschäft bringt. Dies müßte aber doch wohl Windscheid bei der Bedingung: nisi noluerit annehmen, wenn er überhaupt noch bei andern Bedingungen, als den ausdrücklich auf das (positive) Wollen oder Belieben des Verpflichteten lautenden, einen solchen inneren Widerspruch annehmen und nicht seine Regel bei der Anwendung in einer Weise beschränken will, wonach sie schließlich mit der von mir vertheidigten praktisch völlig zusammenfiele.

Noch viel weniger aber läßt sich mit Windscheid's Auffassung der Regel vereinigen L. 46 § 2 de V. O. 45, 1:

> Paul. lib. XII ad Sabin.: Si ita stipulatus fuero: „quum volueris", quidam inutilem esse stipulationem aiunt; alii ita inutilem, si antequam constituas, morieris, quod verum est. (§ 3: Illam autem stipulationem: „si volueris, dari", inutilem esse constat.)

Dieser Stelle gegenüber hat Windscheid in Anm. 4 in der That keinen andern Ausweg, als — „die Annahme eines Irrthums des Juristen"! Und wie sollte er auch mit seiner Auffassung zu erklären vermögen, daß eine stipulatio quum volueris gültig ist, eine stipulatio si volueris nicht, da doch, wie die Stelle ausdrücklich sagt, beides ganz denselben Sinn und dieselbe Wirkung hat und sich nur in der Form unterscheidet! Dieser Stelle gegenüber wird man also, mag man sich drehen und wenden, wie man will, immer nur mit einem streng formellen Gesichtspunkte durchkommen, von dem sich aber auch wieder alles ganz vortrefflich erklärt. (S. Zeitschr. V S. 158 f.). Und wollten wir uns selbst mit

Windscheid zu der wenig anmuthenden Annahme eines Irrthums des, oder vielmehr der römischen Juristen entschließen (denn Paulus sagt ausdrücklich, die von ihm gebilligte Meinung sei bereits von Andern aufgestellt worden, was die Erklärung der Entscheidung aus einem blosen Irrthum schon etwas mißlicher macht): so müßte man doch auch wieder voraussetzen, daß die Römer bei der Behandlung dieser Streitfrage von einer rein formellen Regel als Grundlage ausgegangen sein müßten, denn wie hätten anders einige römische Juristen zu jenem Irrthum kommen sollen? Windscheid wird mir nicht entgegenhalten dürfen, daß doch andere Juristen anderer Ansicht gewesen und auch eine stipulatio quum volueris für nichtig erklärt hätten; denn auch dies erklärt sich, wie ich in der Zeitschr. V S. 159 Anm. 101 a angedeutet habe, mit dem von mir eingenommenen formellen Standpunkte recht gut. Und wie hätte endlich, wenn wirklich Windscheid's Auffassung der Regel auch die des römischen Rechtes und der römischen Juristen wäre, wie hätte, frage ich, unter diesen überhaupt nur jene Streitfrage entstehen können? Die Ungültigkeit einer stipulatio quum volueris müßte ja dann, so sollte man denken, von vornherein platt auf der Hand gelegen haben.

Unter solchen Umständen muß ich noch immer glauben, daß sich die Entscheidungen des römischen Rechtes nur dann, dann aber auch einfach und vollständig erklären lassen, wenn man anerkennt, daß die römischen Juristen wirklich die von mir vertheidigte Regel befolgen und alles blos von dem Wortlaut und der Fassung der Bedingung, von deren ausdrücklicher oder nicht ausdrücklicher Verstellung auf die Willkür oder das Belieben abhängig machen. Mit diesem Ergebnisse, worauf ja doch am Ende alles ankommt, könnte ich mich aber vollkommen begnügen, wenn es mir auch durch meine bezüglichen Ausführungen (Zeitschr. V S. 142 ff.) nicht gelungen sein sollte, die innere Berechtigung einer solchen Regel darzuthun. Was mir nicht gelungen ist, kann ja Andern gelingen, und überdies verweise ich auf L. 20, 21 de legibus 1, 3,[6]) an die man

6) Non omnium, quae a maioribus constituta sunt, ratio reddi potest. Et ideo rationes eorum quae constituuntur, inquiri non

gerade durch die Geschichte unserer Regel recht lebhaft erinnert wird. Die Glossatoren, die noch unmittelbar und unbefangen aus den Quellen schöpften, gaben ihr ganz allgemein und ausnahmslos die von mir wieder aufgenommene Fassung. Auch von den Commentatoren wird sie noch immer in dieser Fassung vorgetragen,[7]) nur war man mit der innern Begründung in Verlegenheit[8]) und suchte daher eine Reihe von materiellen Verschiedenheiten aufzufinden, welche obwalten sollten, je nachdem eine Bedingung auf die „expressa" oder auf die „velata voluntas" des Verpflichteten (bezw. bei letztwilligen Verfügungen auch eines Dritten) gestellt sei, wobei man ganz durchgängig von den Bedingungen si voluerit und si Capitolium ascenderit ausging.[9]) Auf diesem Wege mußte man aber unvermerkt dahin gelangen, der Regel eine ganz andere, ihr ursprünglich völlig fremde Bedeutung unterzuschieben, oder viel-

---

oportet, alioquin multa ex his quae certa sunt, subvertuntur. Das heißt natürlich nicht: man soll nach den innern Gründen gar nicht fragen sondern nur: man soll, wo es sich um Ermittelung positiver Rechtssätze handelt, nicht mit der Frage nach den innern Gründen anfangen, d. h. sich nicht vor allem aus innern Rücksichten die Entscheidung zu construiren suchen, die man dann im positiven Rechte wiederfinden zu müssen glaubt. Denn dadurch wird man von vornherein befangen und läuft Gefahr, den klarsten Sätzen des positiven Rechtes Gewalt anzuthun. Vielmehr soll man zunächst ganz unbefangen den wirklichen Inhalt der Rechtsquellen zu erforschen suchen, und dann erst den Versuch machen, ob es gelingt, die so gewonnenen Ergebnisse auch innerlich zu begründen.

7) Vgl. z. B. Bartolus ad L. 68 de her. inst. (Zeitschr. V. S. 132, Anm. 59), ferner Cinus in L. In vendentis (13) C. de contr. emt. Nr. 2, Baldus in L. Si quis Sempronium (68) de heredib. inst., und in L. 13 C. cit. Nr. 9, Raphael Fulgosius, in L. 68 cit. und in L. 13 C. cit. Nr. 6, Paulus de Castro in L. 13 C. cit. Nr. 6.

8) Nach Cinus in L. 13 C. cit. Nr. 2 s. f. und Baldus ibid. Nr. 9 sagte Jacobus de Ravanis (2te Hälfte des 13. Jahrhunderts — s. Savigny Gesch. des röm. Rechts im M. A. V § 180, S. 606 ff.) von der Regel geradezu: „quod minus habet rationis, quam aliqua de toto corpore iuris."

9) Vgl. wieder z. B. Bartolus l. c., Cinus l. c. Nr. 2 in f., Baldus ll. cc., Raphael Fulgosius ll. cc., Paulus de Castro l. c.

mehr in Wahrheit eine ganz andere, von materiellen Rücksichten hergenommene Regel an die Stelle zu setzen, die dann von Späteren auch die entsprechende veränderte Fassung — es ist die gewöhnliche, bei fast allen Neuern vorfindliche — bekam [10]) und sich deßhalb so lange erhalten konnte, weil, soweit ich sehen kann, die Frage seit dem Mittelalter niemals genauer untersucht worden ist. Chesius, ziemlich der Einzige, der es thut, trägt aber auch ganz die von mir vertheidigte und bei den Glossatoren vorfindliche Fassung und Bedeutung der Regel vor. [11])

Mögen nun diese dogmengeschichtlichen Notizen noch eine gewisse Vermuthung für die Richtigkeit und Quellenmäßigkeit der von mir aufgestellten Ansicht begründen: so will ich schließlich noch eine Bemerkung beifügen, die vielleicht geeignet sein könnte, das innere Widerstreben, welches man nach dem ersten Gefühl gegen eine anscheinend so rein äußerliche und formelle Regel unleugbar empfindet, — der Hauptgrund, der, wie wir gesehen haben, die allmähliche Umbildung der Regel bewirkt hat, und der, wie Windscheid's Aeußerung in Anm. 4 lehrt, auch jetzt noch ihrer Annahme entgegenstehen dürfte —, dieses innere Widerstreben wenigstens einigermaßen zu mildern. Gehen wir vom rein praktischen Standpunkte aus, so hätte es gewiß kein Bedenken, selbst Verpflichtungen unter der Bedingung si voluerit

10) Besonders belehrend ist hier Baldus in L. 68 de hered. inst., wo beide Fassungen als völlig gleichbedeutend nebeneinander gestellt werden. Der Inhalt der Stelle wird nämlich mit folgenden Worten kurz zusammengefaßt: „Institutio potest poni in voluntate tertii velata, non in expressa voluntate h. d. Vel sic: In potestate tertii potest poni conditio facti, non mera conditio voluntatis. Sed sic expressa nocent, non expressa non nocent.“ Ebenso Raphael Fulgosius ibid. Vgl. auch Paulus de Castro in L. Nonnunquam (51) de condit. Nr. 1. — Ich benutze gerne die Gelegenheit, diese dogmengeschichtlichen Notizen noch mitzutheilen, weil ich in meinem Aufsatze in Band V von Goldschmidt's Zeitschr. die Citate aus Schriften der Commentatoren größtentheils erst während der Correctur beifügen konnte und somit außer Stande war, den dogmengeschichtlichen Gang der Lehre genauer und übersichtlich darzulegen.

11) Vgl. Iurispr. Rom. et Att. II, p. 445 sqq.

aufrecht zu erhalten und für rechtsbeständig anzuerkennen, denn es ist gar nicht abzusehen, was und wem dies schaden könnte, wozu noch kommt, daß nach der römischen Theorie der Stipulation, wonach zu deren Vornahme immer persönliches Beieinandersein beider Parteien erfordert ward, für den Abschluß solcher Geschäfte sogar ein sehr guter und vernünftiger praktischer Zweck denkbar war. (Vergl. Zeitschr. V S. 134 Anm. 61). Der Erfüllung dieser Anforderung des praktischen Lebens setzen sich nun freilich zwingende innere Rücksichten entgegen; die Erklärung, sich jetzt verpflichten zu wollen, falls man dies später einmal wollen sollte (volo, si voluero), enthält einen ganz augenscheinlichen und handgreiflichen inneren Widerspruch, sie beweist schon durch ihre äußere Fassung und Gestaltung, daß der Verpflichtungswille bei Abgabe der Erklärung in der That noch nicht vorhanden war, daß es also an einem wesentlichen Elemente fehlte, ohne das ein solches Geschäft nicht gedacht werden kann. Hier bleibt daher nichts übrig, als Nichtigkeit des Geschäftes anzunehmen, was auch immer das praktische Bedürfniß dagegen einzuwenden haben möge. Aber so viel Beachtung darf es doch billig verlangen, daß wir hier wenigstens nicht weiter gehen, als unbedingt und unumgänglich nothwendig, und alle Geschäfte für gültig erklären, deren Gültigkeit nur irgend noch zu rechtfertigen ist. Dies ist aber in der That bei allen Geschäften möglich, deren Zustandekommen nicht ausdrücklich und geradezu von dem Wollen oder Belieben des zu Verpflichtenden abhängig gemacht wird. Denn bei allen solchen Geschäften, mag im übrigen die ihnen beigefügte Bedingung ihrem Sinn und ihrer praktischen Bedeutung nach der Bedingung si voluerit noch so nahe stehen, wie z. B. wenn zwar dem Wortlaute nach nicht der Eintritt der Verpflichtung, aber, was in der Wirkung ganz auf dasselbe hinausläuft, der Zeitpunkt der Leistung in das Belieben des Schuldners gestellt ist (quum voluero), — bei allen solchen Geschäften können wir wenigstens sagen, der zum Abschlusse des Geschäfts erforderliche Wille sei vorhanden gewesen. Da wir dies aber können, da hier keine zwingenden und unabweislichen Gründe die Annahme der Nichtigkeit erheischen: so wäre es eine Versündigung gegen

das praktische Bedürfniß, wenn wir das Geschäft nicht anerkennen und aufrechthalten wollten. Dazu kommt, daß wenn man einmal weiter geht und auch wegen des Sinnes und der materiellen Bedeutung einer Bedingung Ungültigkeit eintreten lassen will, daß man dann jede feste Grenze verliert und nothwendig in das Bereich des Willkürlichen gerathen muß. (Vergl. noch Zeitschr. V S. 148 ff.). So dürfte denn eine genauere Betrachtung ergeben, daß gerade hier ein „Cultus des Wortes", der ja übrigens auch sonst dem römischen Rechte nicht fremd ist und meines Erachtens zu einem großen Theil die praktische Vortrefflichkeit und theoretische Vollendung des classischen römischen Rechtes erklärt, — daß, sage ich, ein solcher Cultus des Wortes gerade hier vollkommen berechtigt und aus praktischen Gründen sogar das einzig Zulässige und Gerechtfertigte war.

XII.

Die neuesten Leistungen der Gesetzgebung auf dem Gebiete der Civilprozeßgesetzgebung, insbesondere in Bezug auf die neuesten Verhandlungen über würdige Stellung des Advokatenstandes.

Von

Mittermaier.

Seit dem in diesem Archive gelieferten Aufsatze über die neuesten Leistungen der Gesetzgebung auf dem Gebiete des Civilprozesses [1]) ist von der Großh. Badischen Regierung den Kammern der Entwurf einer Anwaltsordnung vorgelegt worden (bestehend aus sechs Titeln). Nach dem Entwurf §. 1 haben die Anwälte ihre Niederlassung an dem Sitze eines Collegialgerichts; außerhalb eines solchen Sitzes wird die Niederlassung eines Anwalts nur gestattet, wo das Bedürfniß einer

1) Band 45, S. 109.